Vitória Davalos de Souza

# DO DIREITO À MEMÓRIA AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

## PERSPECTIVAS JURÍDICAS

Ano 2023

Vitória Davalos de Souza

# DO DIREITO À MEMÓRIA AO DIREITO AO ESQUECIMENTO

## PERSPECTIVAS JURÍDICAS

Ano 2023

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

# Do direito à memória ao direito ao esquecimento: perspectivas jurídicas

**Diagramação:** Ellen Andressa Kubisty
**Correção:** Maiara Ferreira
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga
**Revisão:** A autora
**Autora:** Vitória Davalos de Souza

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

S729 Souza, Vitória Davalos de
Do direito à memória ao direito ao esquecimento: perspectivas jurídicas / Vitória Davalos de Souza. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-2005-7
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.057230412

1. Direito. 2. Internet. 3. Responsabilidade civil. I. Souza, Vitória Davalos de. II. Título.
CDD 340

**Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166**

**Atena Editora**
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

## DECLARAÇÃO DA AUTORA

A autora desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

## DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce,* ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Em um mundo cada vez mais interconectado, a discussão sobre o direito ao esquecimento emerge como um tema fundamental no contexto dos direitos humanos e das garantias individuais. Este livro científico propõe uma análise abrangente, profunda e atualizada sobre o direito ao esquecimento, explorando suas raízes históricas, suas implicações nos direitos fundamentais e sua interação com o princípio da proporcionalidade em casos concretos.

Com quatro capítulos, o livro versa sobre os seguintes aspectos:

Evolução Histórica e Conceito de Direitos Humanos: a primeira parte do livro mergulha na evolução histórica dos direitos humanos, desde suas origens até as complexidades contemporâneas. Exploraremos as transformações no entendimento dos direitos fundamentais ao longo do tempo, destacando eventos e marcos que moldaram a compreensão moderna dos direitos individuais.

Conceito de Direitos e Garantias Fundamentais: ao estabelecer uma base conceitual sólida, a segunda parte concentra-se na definição e no escopo dos direitos e garantias fundamentais. Serão abordadas as teorias que fundamentam esses direitos, proporcionando uma compreensão aprofundada dos pilares sobre os quais repousa o arcabouço jurídico que visa proteger a dignidade e a liberdade individuais.

Conceito do Direito ao Esquecimento e Reflexo nos Direitos Fundamentais: a terceira parte é dedicada ao cerne do livro, explorando o conceito do direito ao esquecimento. Analisaremos suas origens, evolução jurisprudencial e como se entrelaça com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Estudos de casos e análises aprofundadas destacarão as complexidades práticas dessa questão.

Princípio da Proporcionalidade em Casos Concretos: a última parte concentra-se na aplicação prática do direito ao esquecimento, examinando o papel crucial do princípio da proporcionalidade. Serão apresentadas discussões detalhadas sobre como os tribunais têm interpretado e aplicado esse princípio em casos específicos relacionados ao direito ao esquecimento, proporcionando insights valiosos para juristas, acadêmicos e profissionais do direito.

Este livro destina-se a ser uma referência indispensável para aqueles que buscam uma compreensão aprofundada do direito ao esquecimento, proporcionando uma análise crítica e informada sobre um tema que desafia as fronteiras entre a proteção da individualidade e a liberdade de expressão em uma sociedade em constante evolução.

RESUMO

Ao longo da evolução humana, os indivíduos conquistaram uma série de direitos e deveres que regem suas interações na sociedade. Com o advento da globalização, a acessibilidade ilimitada às informações, sem a devida filtragem contra a disseminação de notícias falsas ou conteúdos prejudiciais, tem gerado desafios sociais significativos. Nessa conjuntura, o Direito, como instrumento regulador das relações sociais, necessita de mecanismos que assegurem a segurança, mesmo nos ambientes virtuais. Surge, então, o instituto do direito ao esquecimento como uma tentativa de mitigar tais problemas, especialmente no contexto da Internet.
Entretanto, como é característico em questões complexas, a implementação do direito ao esquecimento tem suscitado debates acalorados. De um lado, estão os princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o direito da personalidade e a proteção da intimidade; do outro, a liberdade de expressão e de imprensa, visando evitar censuras indevidas. Essa dicotomia gera uma reflexão sobre os fatores de risco associados à aplicação do direito ao esquecimento.
Assim sendo, o cerne da questão reside na definição do regime de responsabilidade civil dos agentes que realizam o tratamento de dados, seja no âmbito público ou privado. A presente pesquisa adota como metodologia a coleta e análise de material bibliográfico disponível na legislação brasileira e estrangeira sobre o tema, visando uma compreensão abrangente e aprofundada das nuances associadas ao direito ao esquecimento e sua aplicabilidade no contexto jurídico contemporâneo.
**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao Esquecimento. Direito Fundamentais. Internet. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

# INTRODUÇÃO

A trajetória dos direitos e deveres do homem ao longo dos séculos reflete uma contínua evolução, marcada por significativas batalhas que culminaram na conquista de direitos consagrados no século XXI, devidamente positivados na Constituição Federal de 1988. No contexto brasileiro, a redemocratização representou uma fase transformadora para a cultura jurídica nacional. A instauração de uma nova ordem jurídica, fundamentada em princípios democráticos e na dignidade da pessoa humana, implicou em alterações substanciais nos pressupostos teórico-jurídicos e fáticos.

A denominada Revolução Digital operou uma profunda mudança nas dinâmicas das relações humanas. Não existe mais a concepção de detentores exclusivos do conhecimento; em seu lugar, instaurou-se a Sociedade da Informação, onde o aprendizado transcende as fronteiras acadêmicas, permitindo a verificação e atualização instantânea de qualquer conteúdo. A Sociedade Global emergiu, eliminando barreiras territoriais e dando origem a sociedades civis transnacionais, articuladas e complexas. Estas transformações extrapolaram os âmbitos tradicionais de trabalho, consumo e lazer, alcançando também as esferas mais pessoais e privadas, inclusive nas relações afetivas.

O controle do poder passa a ser atribuído àquele que detém mais informação, notadamente aquela relacionada a dados pessoais. A informação, por sua vez, converte-se em instrumento econômico e de controle, conferindo um valor significativo aos dados pessoais. Nesse contexto, emerge o direito ao esquecimento como uma resposta às adversidades enfrentadas por determinados usuários vítimas de eventos fictícios ou que envolvam sua vida privada, ensejando violações a direitos fundamentais, tais como privacidade, intimidade, honra, vida privada e imagem.

O direito ao esquecimento está intrinsecamente ligado ao ser humano que não deseja que determinado evento pessoal, independentemente de sua veracidade, seja redivulgado, reavivando suas memórias sobre fatos potencialmente prejudiciais e causando transtornos e sofrimentos. Caso transcorra um período substancial e essa informação retorne com ampla divulgação midiática, gerando consequências privadas, a questão deve ser submetida à análise dos tribunais para uma deliberação justa, sem ultrapassar os limites da coerência e preservando os princípios basilares do ordenamento jurídico.

Diante do exposto, reconhecendo a imperativa necessidade de produção acadêmica sobre as recentes construções doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao direito ao esquecimento, considerado por alguns estudiosos como um direito de personalidade, este trabalho propõe uma análise abrangente da incidência da responsabilidade civil nos domínios civil, criminal e constitucional. Destaca-se, especialmente, o recente entendimento consagrado no Tema nº 786 da Gestão da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no julgamento do Caso Aída Curi, cujas ramificações impactaram diversos desdobramentos subsequentes.

A metodologia de pesquisa adotada é orientada pela coleta e análise de material bibliográfico proveniente da legislação brasileira e estrangeira sobre o tema. Para tanto, será empregado um método científico que combina abordagens dedutivas e indutivas, possibilitando a contraposição e triagem criteriosa dos materiais selecionados. A escolha do material bibliográfico abrangerá doutrinas, jurisprudências, livros, artigos científicos, teses de dissertação de pós-graduação e outras produções correlatas que se revelem pertinentes ao desenvolvimento da pesquisa.

O levantamento bibliográfico será conduzido por meio de indexadores de periódicos, bancos de dados oficiais e bibliotecas digitais, incluindo plataformas como Domínio Público, Portal Capes e a SciELO (Scientific Eletronic Library Online). As palavras-chave definidas para nortear a pesquisa são: “direito ao esquecimento”, “direitos fundamentais”, “internet”, “responsabilidade civil”, “desindexação”, “direitos da personalidade” e “dimensões/gerações de direitos humanos”.

No que tange à metodologia empregada, destaca-se que o desenvolvimento da pesquisa adotou uma abordagem interdisciplinar, buscando uma compreensão profunda do tema abordado e seus impactos nas diversas áreas do Direito, englobando esferas civil, penal e constitucional. Reconhecendo a unicidade do Direito, a pesquisa transcendeu essas fronteiras, valendo-se de fontes teóricas provenientes das áreas da tecnologia e neurociência para uma análise mais abrangente e contextualizada.

# EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos encapsulam a noção de reconhecimento e proteção inalienáveis à pessoa humana. São normas destinadas a orientar a convivência entre os seres humanos em comunidades, delineando também sua relação com o Estado e as obrigações que este possui em relação a eles. Foi necessário um longo processo histórico para que o respeito à dignidade do ser humano evoluísse de um conflito fundamental para um problema social, sendo finalmente consagrado por meio de disposições legais escritas, de maneira indelével e assegurada, por exemplo, nas constituições. O surgimento dos Direitos Humanos antecede a própria ideia de Constitucionalismo.

Embora alguns autores equiparem os termos "Direitos Humanos" e "Direitos Fundamentais", parte da doutrina reconhece diferenças entre eles, justificando a necessidade de conceituar a distinção. O renomado jurista português José Joaquim Gomes Canotilho explora essa distinção em seu livro "Direito Constitucional e Teoria Constitucional", de 1998, onde destaca:

> As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

O termo "Direitos Humanos" não possui uma significação unívoca, e sua evolução resultou da convergência de diversas fontes, abrangendo desde os costumes de povos antigos até pensamentos filosóficos, religiosos e o conceito de Direito Natural. A emergência desse conjunto normativo foi impulsionada pela necessidade de enfrentar os abusos excessivos de poder perpetrados pelo Estado sobre seus governados. Diante desse cenário, tornou-se imperativo promover mudanças, e os princípios fundamentais, tais como igualdade e legalidade, foram desenvolvidos pela população, visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Louis Henkin, renomado estudioso dos Direitos Humanos, ao abordar a definição dessa temática em seu trabalho "The Rights of Man Today" (Os Direitos do Homem Hoje), destaca:

> Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas 'reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo', reivindicações estas reconhecidas como 'de direito' e não apenas por amor, graça ou caridade.

O renomado jurista Norberto Bobbio, defensor da democracia social-liberal e do positivismo jurídico, oferece uma perspectiva esclarecedora sobre os direitos humanos ao afirmar: “(...) os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser seguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29.). Na definição das Nações Unidas, esses direitos consistem em «garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana».

A filosofia de Immanuel Kant adiciona uma dimensão fundamental à compreensão dos direitos humanos. Segundo Kant, as pessoas possuem dignidade intrínseca e devem ser tratadas como fins em si mesmas, nunca como meios. A autonomia é apontada por Kant como a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional, exercendo uma influência substancial nos fundamentos de várias teorias sobre direitos.

Um marco histórico relevante na evolução dos direitos humanos remonta ao Código de Hamurabi (1690 a.C.), considerado o primeiro código de leis da história, que vigorou na Mesopotâmia. Este código consagrou um rol de direitos comuns a todos os homens, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família. Além disso, estabeleceu a supremacia das leis sobre os governantes.

Movimentos religiosos, especialmente a Reforma Religiosa do século XVI, desempenharam um papel crucial na redefinição dos direitos humanos, destacando, inicialmente, a liberdade religiosa como um direito básico.

Documentos históricos, embora muitas vezes vinculados a contratos feudais e estamentos sociais, contribuíram para moldar a concepção moderna de direitos humanos, delineando direitos fundamentais como liberdade, propriedade e proteção aos cidadãos.

O Direito Romano, com seu conjunto normativo duradouro e influente, também desempenhou um papel significativo na evolução dos direitos humanos. A Lei das Doze Tábuas, em particular, é considerada a origem dos textos escritos que consagram princípios essenciais como liberdade, propriedade e proteção aos direitos do cidadão (MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais).

## 1.1 DAS GERAÇÕES/DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Norberto Bobbio enfatiza que os direitos humanos não surgem todos simultaneamente nem de uma vez por todas. Hannah Arendt, por sua vez, concebe os direitos humanos como uma construção, uma invenção humana em constante processo de edificação e reconstrução. A teoria das gerações de direitos fundamentais, desenvolvida por Karel Vasak, jurista tcheco que se refugiou na França devido à invasão soviética em sua terra natal, lançou luz sobre a evolução desses direitos. Seu trabalho, publicado em 1977, não visava pretensões científicas, mas contribuiu significativamente para a conscientização,

relacionando as diferentes categorias de direitos ao contexto histórico de sua emergência.

No Brasil, a consolidação dessa teoria das gerações de direitos fundamentais foi atribuída ao Professor Paulo Bonavides, que se baseou nos estudos de Vasak. Bonavides não se limitou à reprodução técnica da teoria; em outras correntes científicas da Constituição, seu nome está diretamente associado à formulação da quarta e quinta gerações dos direitos fundamentais.

Ao conectar os direitos fundamentais ao lema da Revolução Francesa do século XVIII - liberté, egalité et fraternité (liberdade, igualdade e fraternidade) -, Paulo Bonavides propõe uma ordenação: a primeira geração está relacionada à liberdade, a segunda à igualdade, e a terceira à fraternidade. Essa abordagem oferece uma perspectiva rica e abrangente sobre a evolução e a inter-relação dos direitos fundamentais ao longo da história, como discorrido por Bonavides em seu livro “Curso de Direito Constitucional”. Veja-se:

> Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.

No final do século XVIII, a primeira geração de direitos humanos teve seu conceito alinhado com a liberdade individual, focalizando-se nos direitos civis e políticos, marcando a fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Esses direitos pressupõem a renúncia ao controle estatal, uma vez que as ações do Estado podem interferir na liberdade individual.

A origem da primeira geração está associada aos eventos do final do século XVIII, especificamente à independência dos Estados Unidos e à formulação da Constituição de 1787, bem como à Revolução Francesa de 1789. Embora esteja consolidada no ordenamento jurídico contemporâneo, essa geração de direitos humanos derivou de um processo dinâmico e ascendente, tendo como marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inaugurou o constitucionalismo no Ocidente.

A primeira geração caracteriza-se pela consolidação formal e tem como elemento principal a concepção clássica de liberdade individual, centrada nos direitos civis e políticos. Os direitos individuais, explicitados no Capítulo I do artigo 5º da Constituição, visam assegurar a autonomia do indivíduo perante a sociedade, garantindo sua independência em relação aos demais membros do grupo social. Exemplos de direitos individuais incluem o direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade, à privacidade, entre outros positivados em diversos incisos do artigo 5º. O professor Daniel Sarmento, em sua obra sobre Direitos Fundamentais e Relações Privadas (2ª Edição, 2006), discorre sobre esses pensamentos da seguinte forma:

> Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência

> estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o "jardim e a praça". Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o "homem civil" precederia o "homem político" e o "burguês" estaria antes do "cidadão". (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Os direitos humanos de segunda geração emergem no século XX, consolidando-se após a Primeira Guerra Mundial, período em que se fortaleceu a concepção de Estado de Bem-Estar Social. Essa geração está intrinsecamente ligada ao conceito de igualdade e focaliza-se na exigência ao Estado para garantir direitos sociais, econômicos e culturais, fundamentais para assegurar uma vida digna.

Os direitos coletivos, categorizados como direitos de segunda geração pela doutrina, estão relacionados ao bem-estar do cidadão e demandam uma resposta por parte do Estado. Exemplos desses direitos incluem o direito de reunião e associação (artigo 5º, incisos XVI a XX), o direito de entidades associativas representarem seus filiados (5º, XXI), o direito de receber informações de órgãos públicos de interesse coletivo (5º, XXXIII) e o direito de petição (5º, XXXIV), entre outros que não estão restritos ao artigo 5º.

Paulo Bonavides, ao discorrer sobre os direitos de segunda geração, enfatiza que são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Esses direitos foram introduzidos no constitucionalismo das diversas formas de Estado social, germinando a partir da ideologia e reflexão antiliberal do século. Nascem ligados ao princípio da igualdade, do qual não podem ser separados, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Observando os conceitos sobre os direitos de primeira e segunda geração, George Marmelstein, em seu livro "Curso de Direitos Fundamentais" (edição de 2008), faz a seguinte distinção:

> Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

A classificação das gerações de direitos humanos influenciou diversos sistemas jurídicos, como a Constituição Francesa de 1848, a Constituição Mexicana de 1917, o

Tratado de Versalhes de 1919 e a Constituição Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que exerceu forte influência sobre os países democráticos.

A terceira geração de direitos humanos, identificada no século XX, aborda os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. Esses direitos incluem o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma qualidade de vida saudável, ao progresso, entre outros. Essa geração é caracterizada por um alto grau de humanismo e universalidade, pois não se destina apenas a proteger interesses individuais ou de grupos específicos, mas sim a abordar questões relacionadas ao desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicações e patrimônio comum da humanidade.

Os direitos dessa nova geração são considerados transindividuais, pois só podem ser exigidos em ações coletivas, estando condicionados à existência de uma coletividade de seres. Esses interesses muitas vezes envolvem grupos menos determinados, sem vínculo jurídico ou fático muito preciso.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu Art. 225, reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O Supremo Tribunal Federal ratifica que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um típico direito de terceira geração.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que a primeira geração é dos direitos de liberdade, a segunda dos direitos de igualdade, e a terceira complementa o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

A evolução para uma quarta geração de direitos humanos é um tema ainda divergente entre os teóricos. O Supremo Tribunal Federal, em suas ponderações, aborda apenas três dimensões/gerações, evitando a explanação de outras novas gerações. Alguns teóricos associam a quarta geração ao advento das tecnologias, ao mundo globalizado, envolvendo direitos relacionados à responsabilidade, promoção e manutenção da paz, democracia, informação, autodeterminação dos povos, ética da vida defendida pela bioética, direitos difusos, pluralismo, etc. Essa perspectiva busca conservar a dignidade humana contra abusos e interferências, independentemente de serem provenientes de um país ou indivíduo.

## 1.2 DAS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

O estudo dos direitos humanos revela características essenciais, fundamentadas na historicidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, relatividade, efetividade, interdependência e complementaridade, todas derivadas do desenvolvimento social e jurídico.

A historicidade dos direitos humanos reflete as condições materiais e culturais de uma época, sendo resultado da evolução histórica de cada nação, o que invalida o conceito de jusnaturalismo. O caráter histórico-evolutivo é destacado, indicando a necessidade de aperfeiçoamento contínuo, conforme observa o professor Silvio Beltramelli Neto.

A imprescritibilidade dos direitos humanos impede a aplicação da prescrição, reforçando seu caráter estável na proteção da dignidade humana, sendo imune aos efeitos do decurso de prazo. A inalienabilidade proíbe a transferência desses direitos, vedando qualquer negociação, seja gratuita ou onerosa.

A irrenunciabilidade destaca que um indivíduo não pode se desobrigar de seus direitos humanos, embora em certas situações, dependendo do contexto, possa optar por não os exercer. A discussão sobre renúncia se intensifica em casos como o direito à vida, eutanásia, suicídio e aborto, com a importância da autonomia da vontade como elemento essencial da dignidade da pessoa humana.

A inviolabilidade impede desrespeitar as disposições constitucionais ou as ações do poder público, sujeitando-se a responsabilidades civil, administrativa e criminal em caso de violação.

A universalidade dos direitos humanos abrange todos os indivíduos, sem distinção de nacionalidade, raça, cor, sexo, credo ou política. Embora haja desafios na promoção dessa ideia devido às diversidades culturais, o "relativismo cultural" não justifica violações aos direitos humanos.

A relatividade, em contrapartida à universalidade e irrenunciabilidade, reconhece que o legislador pode impor restrições em situações excepcionais, como durante o Estado de Sítio. Contudo, é vital ressaltar que a tortura é proibida pela Constituição Federal brasileira e por convenções internacionais, como a "Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes" da ONU. Observe-se:

> Artigo 2º
>
> 1. Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.
>
> 2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura.
>
> 3. A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura.

Conforme os estudos do jurista Alexandre de Moraes em sua obra "Direitos Humanos Fundamentais", a efetividade dos direitos humanos se refere à atuação do Poder Público, que deve garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, utilizando mecanismos coercitivos quando necessário. A Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato, demandando ações concretas para assegurar a implementação efetiva desses direitos.

Na interdependência dos direitos, eles não podem ser vistos de maneira autônoma, pois sua realização efetiva muitas vezes está vinculada a outros direitos. Por exemplo, a liberdade de locomoção está relacionada à garantia do habeas corpus e ao devido processo legal. Da mesma forma, o direito à saúde pode depender da realização do direito à educação ou do direito à informação.

Na característica da complementaridade, unidade e indivisibilidade, os direitos humanos básicos não devem ser interpretados isoladamente, mas sim em combinação para atingir os objetivos definidos pelos legisladores constituintes. A hierarquia entre esses direitos deve ser afastada, pois nenhum é superior ou melhor que outro; todos são igualmente importantes para a dignidade humana e o convívio social harmonioso.

## 1.3 DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU (1948).

O surgimento da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris é um documento importante de defesa para o povo no plano internacional, pois são conquistas históricas, que ao longo dos anos se desenvolveram para assegurar a proteção aos direitos fundamentais da humanidade. A declaração utiliza o termo "pessoa humana" em lugar de "homem" como constava na Francesa, pois esclarece que pode ser tanto homem quanto mulher, sem distinção, todos são titulares dos Direitos Humanos.

> Artigo 1° Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.
>
> Artigo 2° Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Após a Segunda Guerra Mundial, marcada por atrocidades contra a humanidade, a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) tornou-se essencial, especialmente diante da expansão de governos totalitários militaristas, como os da Alemanha, Itália e Japão. A necessidade dessa declaração surgiu como resposta às violações massivas dos direitos humanos durante o conflito.

Um dos desafios enfrentados para a efetivação e adoção da DUDH foi sua natureza jurídica. Como menciona o autor Carlos Henrique Bezerra Leite, a declaração era considerada uma mera recomendação ou carta de princípios, desprovida de força vinculante para os Estados, uma vez que não havia sido submetida à ratificação pelos Estados-membros.

De acordo com o jurista brasileiro Dalmo de Abreu Dallari, o processo que culminou na DUDH teve início em 1945, por meio da Carta das Nações Unidas (1930), estabelecendo uma norma internacional destinada a fornecer a base jurídica para a ação conjunta dos Estados em defesa da paz mundial. Em 1948, a DUDH foi aprovada, enfatizando os princípios da universalidade e da indivisibilidade dos direitos individuais, difundindo esses ideais globalmente e destacando a condição de pessoa como requisito para a dignidade de todos.

A DUDH serve como base para a compreensão dos direitos humanos na atualidade. Seus princípios foram disseminados mundialmente, e, conforme Zarca (1997), o objetivo principal da DUDH é proporcionar uma vida com o mínimo de dignidade, livre de discriminação ou distinção com base em quem se é. Analise-se:

> Traz um aspecto fundamental para a compreensão da modernidade. Um dos traços essenciais dessa modernidade não reside exatamente na definição do homem como sujeito de direitos? Sujeito ao qual se ligam, simplesmente porque é um ser humano, ou seja, naturalmente, direitos. Ora, essa definição do homem como um ser portador de direitos não é atemporal, já que foi inventada pela filosofia moral e política moderna, constituindo uma de suas principais inovações. Poderíamos dar várias formulações sobre a importância dessa inovação. Mas, eu ficarei com apenas uma: a transformação da noção renascentista de dignidade do homem na noção de homem como ser portador de direitos no século XVII. Transformação significa conservação e mudança. O que se conserva é a ideia de uma especificidade que caracteriza o homem enquanto tal e o distingue de todos os outros seres naturais. O que muda profundamente é que a dignitas hominis se refere menos ao lugar do homem na hierarquia dos seres, já que o homem tem sua própria liberdade de se constituir naquilo que ele é, e muito mais à noção do homem como ser portador de direito que define muito mais um dado do que uma responsabilidade sobre aquilo que ele será.

A definição de direitos humanos é o acúmulo de três diferentes níveis de direitos - direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Além de dar um passo decisivo na afirmação dos direitos das pessoas, também ganhou internacionalização. Essa conquista pode ser bem compreendida como o projeto histórico da Revolução Francesa por meio da universalização da tríade liberdade, igualdade e fraternidade, e da vontade de construir um mundo que vença a guerra pela paz.

Seus tratados incluem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras, conforme lista as Nações Unidas.

René Cassin, um dos autores da Declaração Universal, afirmou em uma conferência em Londres em 24 de setembro de 1941, em plena guerra, era impossível estabelecer uma paz internacional efetiva em um mundo onde os direitos humanos são desrespeitados de

forma muito desigual. Desse modo, ele desafiou a elaboração de uma resolução de coalizão internacional conclamando os Estados membros a respeitarem os direitos humanos, mesmo que esses direitos humanos não sejam protegidos por tratados internacionais.

Nesse sentido, a Declaração Universal, tem uma função de não ser apenas uma reação aos problemas do passado – as fontes materiais que explicam a sua gênese – mas igualmente o de contribuir para projetar valorações fundamentais para modelar o futuro, conserva a qualidade de um evento inaugural – inclusive na afirmação da relevância da tolerância e do pluralismo (Revista OABRJ, volume 24).

# CONCEITO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988, reconhecida como Constituição Cidadã, desempenhou um papel crucial ao estabelecer uma ampla gama de direitos e garantias. Muitos desses direitos são considerados programáticos, caracterizados por sua natureza prestacional. No contexto brasileiro, o processo de redemocratização introduziu mudanças significativas na cultura jurídica do país. A criação de uma nova ordem jurídica, orientada por princípios democráticos e pela dignidade da pessoa humana, resultou na modificação de pressupostos teórico-jurídicos e fáticos.

A Carta Magna de 1988 não apenas reconheceu direitos fundamentais de grande importância, em virtude dos relevantes bens jurídicos que protegem, mas também estabeleceu mecanismos destinados a assegurar sua efetivação. Isso é especialmente evidente no caso dos direitos fundamentais de natureza prestacional, que demandam ações ativas para que alcancem o bem que tutelam.

Como sabiamente expressou Rui Barbosa, a Constituição não apenas proclama direitos, mas também delineia os meios pelos quais esses direitos podem ser efetivamente garantidos. Essa abordagem reflete a compreensão de que o reconhecimento formal de direitos não é suficiente; é igualmente crucial criar instrumentos e procedimentos para garantir a implementação prática desses direitos no cotidiano da sociedade. Veja-se:

> As disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Na antiguidade, especificamente no século XVII, a primeira incursão na esfera Constitucional derivou do Direito Consuetudinário, caracterizado como um conjunto de costumes e práticas sociais aceitos como norma jurídica, embora não estejam codificados. O Estado Hebreu, marcado por sua teocracia e forte influência religiosa, foi sucedido pela Grécia, representando a segunda experiência, seguida pela terceira experiência, a Romana, que contribuiu com conceitos cruciais, como os principados.

Primordialmente, destaca-se que a orientação preconizada pela Constituição Federal de 1988, que enfatiza a preponderância da dignidade da pessoa humana e a preservação dos direitos fundamentais, é resultado de uma orientação teórico-jurídica concebida no século XX, marcando o advento do Estado de Direito. A partir da Inglaterra, diversos documentos foram elaborados e incorporados, incluindo a Carta Magna (1215), Petition Of Rights (1628), Habeas Corpus Act (1679), Bill Of Rights (1689) e Act of Settlement (1701). O sistema jurídico inglês, fundamentado na Constituição não escrita, jurisprudência e costumes, conhecido como Common law, também desempenhou um papel significativo.

A evolução histórica do constitucionalismo é categorizada em quatro "eras": Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea. Canotilho destaca o

constitucionalismo antigo e moderno, especialmente vinculado às revoluções nos âmbitos político, social, cultural e jurídico. Na era moderna, as constituições escritas, como a norte-americana (1787) e a francesa (1791), que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, destacam-se, marcando a fase do iluminismo e a materialização da oposição ao absolutismo.

No período pós-guerra, iniciado nos anos 50, ocorreu o processo de reconstitucionalização dos Estados europeus. Um marco desse processo foi a formulação do positivismo jurídico-constitucional por Hans Kelsen, austríaco, cujo modelo proposto transformou a relação entre Estado, Indivíduo e Constituição. Esse processo é comumente referido como Neoconstitucionalismo.

O Direito é um sistema vasto no qual todas as suas partes harmonizam-se. O Direito Constitucional, inserido no ramo do Direito Público, coexiste com outros ramos, como Administrativo, Urbanístico, Ambiental, Tributário, Financeiro, Econômico, Penal, Processual e Internacional. O Direito Civil e Comercial, por outro lado, enquadram-se no âmbito do Direito Privado.

Segundo José Afonso da Silva, renomado escritor, o direito constitucional "configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política".

O ilustre jurista francês Jean Domat (1625-1696) desempenhou um papel de destaque no contexto histórico e econômico ao introduzir, por meio de seus escritos, uma distinção inovadora entre leis civis e leis públicas. Seu impacto reverberou na elaboração do Código Napoleônico e na doutrina subsequente do direito civil, moldando a concepção jurídica até o final do século XIX. O Código Civil, concebido como uma espécie de "constituição privada", estabelecia regras meticulosas sobre temas como família, estado civil e capacidade, promovendo um dogma de completude que limitava a autonomia do juiz, atribuindo-lhe o papel estrito de aplicador das leis.

José de Oliveira Ascensão, jurista português, destaca que, desde a época do Imperador Justiniano, havia uma preocupação constante em controlar a interpretação da lei. Mesmo após a Revolução Francesa, esforços foram envidados para excluir qualquer elemento subjetivo na interpretação, temendo que a atuação dos juízes pudesse comprometer as conquistas revolucionárias. Nesse contexto, André Ramos Tavares propõe quatro sentidos para o constitucionalismo:

> Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

No início do século XXI, emerge uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada de neoconstitucionalismo, por alguns estudiosos também referido como constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo.

É crucial destacar que o Estado Democrático de Direito se consolida a partir do neoconstitucionalismo. Ressalta-se que esse surgimento não é puramente causal; o Estado Democrático de Direito é percebido como um aprimoramento da orientação construída durante o processo de reconstitucionalização. A doutrina kelseniana, ao posicionar a Constituição como norma hierarquicamente superior, fundamentou o Estado de Direito. O Estado Democrático de Direito, por sua vez, foi estabelecido quando o texto constitucional adquiriu uma dimensão democrática, reconhecendo os Direitos Fundamentais, tanto individuais quanto sociais, como indispensáveis e oponíveis ao Estado.

Nesse contexto, o processo de reconstitucionalização, impulsionado pelo neoconstitucionalismo, partiu do pressuposto de que a Constituição é um elemento essencial para a criação e subsistência dos Estados em seus aspectos social, econômico, jurídico e político. Esse marco jurídico-teórico fortaleceu as instituições e ferramentas existentes para proteger a ordem democrática, resultando em uma nova forma de organização política: o Estado Democrático de Direito, também conhecido modernamente como Estado Constitucional Democrático ou Estado Constitucional de Direito (BARROSO, 2005, p. 3-5).

Para diferenciar, os direitos são os objetos e benefícios estipulados nas normas constitucionais, enquanto as garantias são instrumentos para assegurar preventivamente esses direitos ou repará-los rapidamente em caso de violação.

Os remédios constitucionais (habeas corpus, habeas data etc.) podem, em alguns casos, ser incluídos no padrão de direitos de garantia, conforme destaca Pedro Lenza:

> É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos — art. 5.º, VI (direito), garantindo-se na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias (garantia);Direito ao juízo natural (direito) — o art. 5.º, XXXVII, veda a instituição de juízo ou tribunal de exceção (garantia).

As características dos direitos e garantias fundamentais, tais como historicidade, universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade, já discutidas no primeiro capítulo, destacam-se por serem essenciais na compreensão do ciclo desses direitos. Além dessas características, dois conceitos adicionais merecem atenção: a limitabilidade, que demanda do magistrado uma análise no caso concreto, considerando os direitos fundamentais envolvidos e buscando a mínima restrição, conforme preconizado na Constituição; e a concorrência, que possibilita o exercício cumulativo de direitos, como no caso do jornalista, que transmite uma notícia (direito de informação) e emite uma opinião (direito de opinião).

Quanto às espécies de restrições aos direitos e garantias fundamentais, é fundamental abordar os seguintes itens:

Em primeiro lugar, as restrições imanentes ou implícitas, que são limitações constitucionais não especificadas, decorrentes da necessidade de coordenar o exercício de determinados direitos básicos com outros de natureza semelhante previstos na nossa lei maior.

Em segundo lugar, as restrições diretas ou imediatas, que derivam do próprio texto constitucional, como no caso da limitação ao direito de propriedade (CR, art. 5o, XXII), que deve atender à sua função social (CR, art. 5o, XXIII).

Em seguida, as restrições legais simples, que ocorrem quando a Constituição determina apenas que eventuais limitações a certo direito ou garantia fundamental devem ser estabelecidas por lei, sem definir outros requisitos ou finalidades a serem observados pelo legislador ordinário.

Por fim, as restrições legais qualificadas, que ocorrem quando a Constituição, além de exigir lei para limitar algum direito fundamental, adiciona a essa exigência as condições ou objetivos que devem ser buscados pela norma restritiva.

Essas categorias de restrições são cruciais para compreender como os direitos e garantias fundamentais podem ser objeto de limitações, as quais devem ser estritamente observadas à luz do ordenamento jurídico.

As restrições legais simples ocorrem quando a Constituição apenas determina que eventual limitação a certo direito ou garantia fundamental deve ser estabelecida por meio de lei, sem especificar outros requisitos ou finalidades a serem observados pelo legislador ordinário. Já as restrições legais qualificadas têm lugar quando a Constituição, além de exigir lei para limitar algum direito fundamental, adiciona a essa exigência as condições ou objetivos que devem ser buscados pela norma restritiva.

A “teoria do limite dos limites” relaciona-se com as restrições aos direitos e as limitações legais nos direitos fundamentais, pois sustenta que não existem direitos absolutos. Essa teoria argumenta que mesmo direitos fundamentais podem sofrer restrições, e um exemplo utilizado para ilustrar essa afirmação é o Direito à Vida. De maneira ampla e genérica, esse direito pode sofrer restrições na ordem jurídico-constitucional brasileira, especialmente em situações de guerra declarada. Essa perspectiva destaca a necessidade de equilibrar os direitos individuais com as demandas e circunstâncias específicas, garantindo uma ponderação adequada no contexto jurídico.

## 2.1 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Os Direitos Individuais, no contexto jurídico, desempenham duas funções essenciais, segundo a explicação do jurista Marcelo Novelino. Por um lado, fornecem ao Estado os instrumentos necessários para sua atuação, e por outro, protegem determinados interesses individuais contra a interferência estatal. Esses direitos são prerrogativas fundamentais atribuídas aos particulares para proteger valores como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade, tanto em relação ao Estado quanto a outros indivíduos.

Na teoria liberal clássica, que abarca os direitos individuais, sua origem foi influenciada pelo Iluminismo europeu e pelas revoluções burguesas a partir do século XVII, como resposta às formas de Estado absoluto. Essa abordagem implica que o Estado se abstenha de certos atos essenciais, assumindo responsabilidades específicas perante os indivíduos. No entanto, esse conceito por si só não é suficiente para garantir que todos desfrutem desses direitos, sendo necessário que o Estado também forneça os meios necessários para exercê-los por meio de ações ativas.

Quanto aos exemplos de direitos individuais, no campo político, enquanto pensadores liberais como Locke, Montesquieu e Constant afirmavam que a participação dos cidadãos por meio de eleições e cargos representativos seria a melhor forma de liberdade política, Tocqueville defendia que a verdadeira ética liberal só poderia se concretizar na atividade política ativa e no associativismo.

Os direitos coletivos de caráter fundamental estão consagrados nos Capítulos I e II do Título II da Constituição. São instrumentos de exercício, não os sujeitos dos direitos. É relevante destacar que, segundo Dimoulis e Martins, os direitos sociais buscam a melhoria de vida de amplas categorias da população por meio de políticas públicas e medidas concretas de política social. Enquanto os direitos coletivos são públicos subjetivos, os direitos fundamentais são individualizáveis e individuais (dimensão subjetiva).

Os direitos individuais e coletivos são assegurados na Constituição, protegendo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no país (CF, art. 5.°, caput). Apesar de alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva, interpretarem de maneira extensiva os destinatários, aplicando os direitos e garantias individuais a todas as pessoas em território brasileiro, Celso Ribeiro Bastos adota uma abordagem mais restrita, limitando os destinatários a brasileiros, estrangeiros residentes no país e pessoas jurídicas nacionais.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) é que a personalidade jurídica do estrangeiro, aliada ao fato de não possuir domicílio no Brasil, não impede o acesso a instrumentos processuais que protegem a liberdade, nem isenta o governo da obrigação de respeitar os privilégios e garantias jurídicas. O STF, fundamentando-se em jurisprudência antiga da Corte, afirmou que a ordem jurídica brasileira garante tais direitos a qualquer pessoa.

Nos seguintes termos, o relator Ministro Gilmar Mendes, em 03 de agosto de 2010, fundamentando com a existência de jurisprudência antiga da Corte, proferiu por meio do STF – HC 94.477/PR a seguinte decisão:

> Em continuidade ao julgamento do presente habeas corpus, o Ministro Relator confirmou seu voto no sentido da concessão da ordem para que, uma vez afastada a proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao estrangeiro não residente no país, seja sua possibilidade aferida fundamentadamente pelo Juízo, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 06.09.2011.

Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vigência da Lei 6.368/76. Estrangeiro não residente no país. Possibilidade. Necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal. 3. Ordem concedida.

Alguns direitos sociais, como os trabalhistas e previdenciários, não são dirigidos a estrangeiros sem residência no país. Por outro lado, direitos políticos somente podem ser usufruídos por aqueles que detêm a nacionalidade brasileira (CF, art. 14, § 2.°).

O Direito à vida é o principal, na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final. Portanto é a partir dele que se começam todos os outros Direitos. Os atentados dolosos contra a vida devem ser perseguidos criminalmente, por conta disso surge o Direito penal e o processo penal, para disciplinar e garantir esse direito. Dada a capital importância desse direito e em reconhecimento de que deve ser protegido sobretudo nos casos em que o seu titular se acha mais vulnerável, a Constituição, no art. 227, dispõe ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida".

A centralidade para qualquer ordem jurídica do direito à vida é também ressaltada em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José –, de 1969, declara, no seu art. 4º, que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida", acrescentando que "esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção" e que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, explicita que "o direito à vida é inerente à pessoa humana" e que "este direito deverá ser protegido pela lei", além de dispor que "ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida". Ela garante a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais.

Na visão de Ingo Sarlet, o mandamento contido no dispositivo (CF, art. 5.°, § 1.°) deve ser compreendido não como uma regra aplicável na exata medida de sua prescrição ("mandamento de definição"), mas como um princípio que impõe a aplicação imediata dos direitos fundamentais na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas ("mandamento de otimização").

A liberdade de expressão é um dos direitos básicos mais relevantes e preciosos, atendendo a um dos requisitos mais antigos da história da humanidade. Ela abrange todas as formas de liberdades existentes, como a liberdade de pensamento, de locomoção, de crença, de profissão, entre outras. Quando certos direitos básicos são restringidos ou ameaçados, recursos constitucionais podem ser utilizados para resolver esses problemas. No caso de ameaças à livre circulação, o habeas corpus é um instrumento utilizado para garantir o cumprimento da Constituição Federal.

O art. 5º, caput, da Constituição Federal estabelece, no início, que “todas as pessoas são iguais perante a lei”. Além disso, estipula “igualdade” nos direitos garantidos. Em um país tão desigual, o pleonasmo encontrado no caput mostra a preocupação dos legisladores originais com o princípio da igualdade. O direito à igualdade representa a necessidade de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

## 2.2 DOS DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICOS

À medida que evoluíam os direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais encontraram seu marco inicial na Constituição mexicana de 1917, limitando-se à segunda dimensão, que aborda o valor igual do material. Seu propósito é proteger os menos favorecidos e exigir benefícios reais e positivos do Estado. Além disso, a Constituição Russa e a Alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, exerceram uma influência significativa sobre o desenvolvimento dos direitos sociais, consolidando-se ao longo do século XX.

Segundo as lições de Dirley da Cunha Júnior sobre os Direitos Sociais aborda:

> Direitos sociais são posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, propiciando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Na classificação proposta por José Afonso da Silva, a maioria das normas constitucionais é de eficácia limitada, definindo princípios programáticos. Os direitos sociais, expressos nos artigos 6º a 11 da CF/88, abrangem áreas como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, visando aprimorar a qualidade de vida dos indivíduos. Embora destinados a todos, esses direitos têm como foco principal a proteção dos mais vulneráveis, dependentes das prestações materiais promovidas pelo Estado (Marcelo Novelino, Manual de Direito Constitucional).

Os direitos sociais surgiram em resposta às condições desumanas enfrentadas pela classe operária durante a Revolução Industrial na Europa, nos séculos XVIII e XIX. Nesse período, caracterizado pela substituição do trabalho artesanal pela produção em grande escala e pelo uso de máquinas, os proprietários de fábricas buscavam maximizar lucros, resultando na exploração dos trabalhadores, que enfrentavam jornadas exaustivas por salários mínimos.

O conjunto de direitos concedidos aos trabalhadores subordinados é protegido pelos artigos 7º a 11 da CF. “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de

outros que visem à melhoria de sua condição social." O termo "empregado", referindo-se àquele que mantém algum vínculo de emprego e trabalha sob a direção de outrem, seja pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública, é adaptado ao texto constitucional, conforme destaca Amauri Mascaro do Nascimento:

> A Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público. Não mencionando outros trabalhadores, como o eventual, o autônomo e o temporário, os direitos destes ficam dependentes de alteração da lei ordinária, à qual se restringem.

No escopo do Direito Constitucional, Marcelo Novelino aduz que a hermenêutica e aplicação dos direitos sociais devem pautar-se por princípios norteadores, tais como: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.°, III); os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1.°, IV); a valorização do trabalho humano e a justiça social (CF, art. 170); a busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII); e o primado do trabalho como fundamento da ordem social (CF, art. 193).

No contexto previdenciário, considera-se trabalhador avulso aquele que presta, a diversas empresas, serviço sem vínculo empregatício, de natureza urbana ou rural, conforme definido no Regulamento (Lei 8.213/91, art. 11, VI). A Instrução Normativa INSS-DC 03/05 especifica o trabalhador avulso não portuário, incluindo atividades como carga e descarga de mercadorias, amarração de embarcações, ensacamento de café, cacau, sal, entre outras (art. 350, II).

Distinto do trabalhador eventual, temporário e autônomo, o trabalhador avulso detém direitos classificados por José Afonso da Silva em sete categorias, tais como: direito ao trabalho e garantia de emprego; direitos sobre as condições de trabalho; direitos relativos ao salário; direitos relativos ao repouso e à inatividade do trabalhador; direitos de proteção dos trabalhadores; direitos relativos aos dependentes do trabalhador; e direito de participação dos trabalhadores.

Adicionalmente aos direitos individuais, a Constituição consagra os direitos coletivos dos trabalhadores (CF, arts. 8.° ao 11), abrangendo a liberdade sindical, o direito de greve, a substituição processual, a participação laboral e a representação na empresa.

Os demais direitos sociais estão contemplados no Título VIII, referente à Ordem Social (arts. 193 e seguintes) da Constituição Federal.

Com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) 26/2000, o direito à moradia, em sua dimensão positiva e negativa, foi efetivamente reconhecido. Embora muitos o considerem fundamental, esse dispositivo foi incorporado para conferir maior segurança jurídica, possibilitando a promoção de programas para construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (CF, art. 23, IX), sob a responsabilidade dos entes federativos.

No que concerne aos direitos políticos, esses são entendidos como direitos públicos subjetivos fundamentais concedidos aos cidadãos para participação nas atividades políticas do Estado, conforme preceituado no CF, art. 1.°, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Os “direitos de participação” (“status activae civitatis”), englobando o direito de votar e ser votado, demandam alistamento eleitoral para sua aquisição.

As categorias de regimes democráticos são classificadas da seguinte forma: democracia direta, onde o poder é exercido diretamente pelo povo; democracia representativa, onde o povo é soberano, considerado igual perante a lei, e todo ser humano é tratado como cidadão; democracia semidireta ou participativa, que mescla poderes. De acordo com a observação de Mônica de Melo, essa modalidade proporciona “além da participação direta e concreta do cidadão na democracia representativa, controle popular sobre os atos estatais”.

Na seara dos direitos políticos, é crucial discorrer sobre a divisão entre direitos positivos e negativos, bem como entre direitos políticos ativos e passivos. Os direitos políticos positivos estão detalhadamente descritos:

> CF, art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
>
> I – plebiscito;
>
> II – referendo;
>
> III – iniciativa popular.

Os direitos políticos positivos referem-se às prerrogativas que possibilitam a participação do indivíduo no processo político e nos órgãos governamentais. Decorrentes da soberania popular, incluem o direito de sufrágio ativo (votar) e passivo (ser votado), a iniciativa popular, a ação popular, bem como a organização e participação em partidos políticos.

No contexto brasileiro contemporâneo, adota-se o regime político da democracia semidireta, onde o povo exerce o poder por meio de representantes eleitos ou diretamente (CF, art. 1o, parágrafo único). Quanto ao voto, o art. 14, caput, estabelece que o mesmo deve ser a) direto; b) secreto; e c) igual. Além disso, o art. 60, § 4o, II, considera como cláusula pétrea as características do voto: a) direto; b) secreto; c) universal; e d) periódico.

Os direitos políticos negativos são disposições constitucionais que limitam a participação do cidadão no processo político e nos órgãos governamentais, abordando questões como inelegibilidade e perda ou suspensão dos direitos políticos, conforme explicado por Rodrigo César Rebello Pinho.

No âmbito dos partidos políticos, são considerados como pessoas jurídicas de direito privado, cuja existência é estabelecida por meio do ato constitutivo no respectivo órgão de registro habilitado. A formação dos partidos resulta da vontade nacional, visando

à propagação de ideias e à conquista, total ou parcial, do poder político. Os partidos devem registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 17, § 2. °) e podem usufruir de certos direitos de campanha.

Os princípios constitucionais que orientam os partidos políticos envolvem a ampla liberdade partidária e autonomia partidária. Quanto aos modelos de organização partidária, destacam-se o unipartidarismo (sistema de partido único), bipartidarismo (sistema de dois grandes partidos) e pluripartidarismo ou multipartidarismo (existência de diversos partidos políticos representativos de todas as correntes de opinião da sociedade).

# CONCEITO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E REFLEXO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito ao esquecimento é inerente à esfera pessoal, surgindo do desejo de evitar a divulgação de eventos pessoais, independentemente de sua veracidade. Carlos Alberto Bittar o descreve como parte dos “direitos reconhecidos à pessoa humana, considerada em si mesma e em suas projeções na sociedade”. Trata-se de um desdobramento personalíssimo da privacidade, relacionado à memória e ao direito.

O avanço tecnológico, notadamente na era da informação, trouxe desafios à proteção do direito ao esquecimento. O armazenamento ilimitado na internet torna as informações acessíveis indefinidamente, gerando conflitos com direitos fundamentais, como privacidade, intimidade, honra e imagem.

A Terceira Revolução Industrial, conhecida como Revolução Digital, transformou a dinâmica social. Na Sociedade da Informação, o conhecimento é acessível a todos, ultrapassando barreiras acadêmicas. Contudo, a dicotomia entre o público e o privado torna-se mais evidente, exigindo uma proteção mais robusta dos dados pessoais.

O ser humano tem um ponto importante de acordo com Friedrich Nietzsche diz que “ser humano se admira de si mesmo por não poder aprender a esquecer e por sempre se ver novamente preso ao que passou: por mais longe e rápido que ele corra, a corrente corre junto”, significando que por mais que tentamos esquecer de algo, nosso inconsciente absorverá, e se for negativo e marcante será mais difícil de esquecer.

Ao considerar o contexto jurídico, o direito ao esquecimento demanda uma ponderação cuidadosa entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. A evolução tecnológica exige uma abordagem legal que garanta a proteção da privacidade sem comprometer a liberdade de informação. Nietzsche declara na Segunda Consideração Intempestiva em 1874:

> Quem pode se instalar no limiar do instante, esquecendo todo passado, quem não consegue firmar pé em um ponto como uma divindade da vitória sem vertigem e sem medo, nunca saberá o que é felicidade, e ainda pior: nunca fará algo que torne os outros felizes. Pensem no exemplo mais extremo, um homem que não possuísse de modo algum a força de esquecer e que estivesse condenado a ver por toda parte um vir-a-ser: tal homem não acredita mais em seu próprio ser, não acredita mais em si, vê tudo desmanchar-se em pontos móveis e se perde nesta torrente do vir-a-ser.

A ideia de “apagar” experiências de vida, sugerindo uma forma de esquecimento voluntário, levanta questões filosóficas complexas e remete à discussão sobre a relação entre memória e felicidade. A noção de Nietzsche, expressa por meio de seu discípulo Dionísio, parece sugerir que a capacidade de esquecer poderia contribuir para a felicidade. Veja-se:

> Esquecer não é uma simples visinertiae [força inercial], como crêem os superficiais, mas uma força inibidora, ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não' penetra mais em nossa consciência, no estado de digestão (ao qual poderíamos chamar "assimilação psíquica"), do que todo o multiforme processo da nossa nutrição corporal ou "assimilação física". Fechar temporariamente as portas e as janelas da consciência; permanecer imperturbado pelo barulho e a luta do nosso submundo de órgãos serviçais a cooperar e divergir; um pouco de sossego, um pouco de tabula rasa da consciência, para que novamente haja lugar para o novo, sobretudo para as funções e os funcionários mais nobres, para o reger, prever, predeterminar (pois nosso organismo é disposto hierarquicamente) – eis a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo se vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, presente, sem o esquecimento.

Se considerarmos a perspectiva de que a lembrança de eventos passados, especialmente os negativos, pode ser um fardo para a felicidade presente, a habilidade de "apagar" essas experiências poderia proporcionar uma liberdade psicológica e um estado mais feliz. No entanto, essa abordagem também levanta questões éticas e existenciais sobre a natureza da identidade e da consciência.

Do ponto de vista jurídico e psicológico, a discussão sobre a possibilidade de "apagar" experiências de vida se entrelaça com debates sobre o direito ao esquecimento, privacidade e autonomia individual. O equilíbrio entre o direito à proteção de informações pessoais e a liberdade de expressão torna-se crucial ao abordar temas relacionados ao esquecimento voluntário.

Em última análise, a relação entre a capacidade de esquecer e a felicidade é um tema multifacetado, abrangendo dimensões filosóficas, psicológicas e jurídicas, e as perspectivas podem variar conforme as diferentes escolas de pensamento e abordagens disciplinares.

Em um contexto neurológico, a mente humana desempenha um papel fundamental nas funções cognitivas, envolvendo processos mentais que abrangem desde a recepção até a recuperação de informações provenientes de estímulos externos. O Sistema Nervoso Central (CNS), como regulador dessas funções, desempenha um papel crucial na coordenação das atividades corporais e mentais.

Schacter, renomado psicólogo americano, destaca o papel do hemisfério esquerdo do cérebro na interpretação de eventos passados, destacando-o como um processo contínuo. O equilíbrio proporcionado pelo hemisfério direito é essencial para mitigar as tendências causadas pelo hemisfério esquerdo.

No livro "Os Sete Pecados da Memória", Schacter categoriza os erros de memória em sete tipos, sendo o pecado da persistência considerado o mais crítico. Este pecado envolve a lembrança indesejada de informações, algo que gostaríamos de esquecer, como a persistência de uma música "chiclete" na mente.

A pesquisa psicológica destaca o fenômeno do “foco em arma de fogo”, indicando que experiências que evocam fortes emoções tendem a se concentrar no ponto central da memória, com os detalhes periféricos sendo esquecidos. Essa tendência é observada em situações de estresse pós-traumático, onde a lembrança do evento é central, mas os detalhes circunstanciais podem se perder.

Schacter também aborda a influência do tempo na dissolução das memórias negativas, ressaltando que, em alguns casos, o processo natural de esquecimento regenerativo pode ser impedido. O uso de propranolol, um betabloqueador, para inibir a formação de memórias dolorosas é mencionado, mas Schacter alerta sobre os perigos associados a essa abordagem:

> Para algumas pessoas, a força de eventos traumáticos é tão grande que elas ficam “presas” no passado. Estudos em veteranos da Guerra do Vietnã e vítimas de abusos sexuais indica que indivíduos que permanecem focados no passado por anos após um evento traumático exibem um maior grau de estresse psicológico comparado àqueles que focam no presente e no futuro. Níveis elevados de estresse psicológico estimulam um foco ainda maior no passado, estabelecendo assim um ciclo destrutivo de autoperpetuação de lembranças.

A relação entre o direito ao esquecimento e o pecado da persistência é evidente, uma vez que ambos estão interligados pela possibilidade de retirar das mãos de terceiros memórias passadas, sejam elas de natureza pessoal ou coletiva. Essa correlação é respaldada por fundamentos como a dignidade humana, conforme estabelecido no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, e a privacidade, como disposto no artigo 5º, X, da mesma Constituição.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> ...
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, embora de natureza inegável em um Estado democrático, apresenta desafios conceituais, conforme assinalado por Daniel Sarmento em sua obra “A ponderação de interesses na Constituição Federal”. A dinâmica desse princípio, por não ser estática, demanda uma constante adaptação para acompanhar as mudanças e complexidades da sociedade, tornando sua definição intrinsecamente fluída.

Ao longo do tempo, o escopo do direito ao esquecimento expandiu-se, indicando que informações pessoais, inicialmente autorizadas e corretas, podem se tornar inadequadas com o decorrer dos anos. No âmbito jurídico, embora frequentemente vinculado à esfera criminal, esse direito deve ser analisado em diversos contextos, visando tutelar a dignidade humana e impedir a exploração contínua de eventos passados.

Em um cenário pré-digital, a aplicação desse direito estava restrita a arquivos de antecedentes criminais, registros creditícios e econômicos. Contudo, na contemporaneidade, com a disponibilidade ilimitada de dados online, a proteção da dignidade humana torna-se premente, buscando evitar a exploração indiscriminada de eventos passados.

O direito ao esquecimento pode ser expresso por diferentes denominações, tais como “right to forget”, “right to be forgotten”, “right to be let alone”, “right to erasure”, “right to delete” ou “right to oblivion”. No contexto brasileiro, sua primeira menção formal ocorreu por meio do Enunciado nº 531 durante a sexta Conferência de Direito Civil em 2013.:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento [...] não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, e mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Paulo José da Costa Júnior em “O direito de estar só: tutela penal da intimidade” escrevendo acerca do direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (the right to be let alone), explana que:

> Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privatividade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas.

A ausência de menção explícita à “privacidade” na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 não é fortuita. A expressão é reconhecida como desafiadora em termos conceituais, sendo considerada uma “palavra camaleônica” utilizada para propósitos diversos e até contraditórios, como confidencialidade da informação e autonomia reprodutiva. A dificuldade em conceituar e harmonizar essas distintas dimensões da privacidade gera insegurança jurídica na resolução de conflitos e na formulação de políticas públicas.

Daniel Sarmento destaca a complexidade em construir instrumentos jurídicos que viabilizem o controle das pessoas sobre seus dados pessoais, especialmente quando esses não possuem interesse público evidente. Nesse contexto, o exercício do “direito ao esquecimento” encontra respaldo, justificando-se em circunstâncias específicas, restringindo-se à possibilidade de não processar e apagar dados pessoais (SARMENTO, 2014, p. 45-47).

## 3.1 DAS DIFERENÇAS ENTRE DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITO À DESINDEXAÇÃO

O direito ao esquecimento, que tem sua origem tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no cenário global, emerge como uma resposta às repercussões negativas resultantes do uso impróprio da informação, especialmente no âmbito da internet. Um desafio substancial reside na complexidade do controle, sobretudo diante da capacidade de realização de downloads e backups, que propaga acessos ilimitados a informações uma vez publicadas online.

Antes da era da internet, canais de comunicação impressos, como jornais e revistas, eram veículos para divulgar informações sobre pessoas, incluindo detalhes privados. Contudo, a disseminação dessas informações era relativamente mais controlável.

A história revela que grandes avanços tecnológicos frequentemente surgem em contextos de conflito. Durante a Segunda Guerra Mundial, em Berlim (Alemanha), em 1941, foi inventado o primeiro computador totalmente eletrônico, utilizado para cálculos de aerodinâmica, balística e decifragem de códigos criptografados. Quatro anos depois, o precursor dos primeiros computadores comerciais foi concluído em Harvard (EUA). A partir desse ponto, o desenvolvimento tecnológico avançou rapidamente, permitindo não apenas máquinas mais inteligentes, mas também a comunicação entre elas.

Durante a Guerra Fria, o investimento maciço em tecnologia e a ênfase nos computadores como instrumentos de comunicação e controle de informações impulsionaram o progresso. No início dos anos 80, a ARPANET conectava apenas algumas universidades aprovadas pelos militares, enquanto a Because It's Time Network (BITNET) foi estabelecida para conectar pessoas de maneira simples e acessível. Em 1989, a internet brasileira começou a ser implementada para fins acadêmicos.

O desenvolvimento da transmissão de dados no Brasil na década de 70 coincidiu com o aumento do uso de equipamentos de informática no país. Sob o regime militar, a comunicação de dados, assim como a telefonia, tornou-se uma questão de Estado. Seu desenvolvimento foi orientado para aumentar a competitividade da indústria nacional e atender a finalidades estratégico-militares (Carvalho, 2006).

A popularização dos microcomputadores nas organizações e residências impulsionou o interesse na comunicação interpessoal por meio da interligação de computadores pessoais, resultando em uma crescente demanda por redes no mercado interno. Após a regulamentação no final de 1988, as empresas operadoras do sistema Telebrás obtiveram a capacidade de oferecer serviços concorrentes à Embratel, consolidando, na década de 90, a Internet comercial no Brasil para uso público, além de fins acadêmicos e militares (Carvalho, 2006).

O surgimento da Internet no Brasil não se limitou a ser um meio de comunicação e informação; tornou-se uma ferramenta política, econômica e social. O ambiente virtual

transformou-se em um espaço significativo de convivência social, por vezes substituindo as interações presenciais, tornando-se onipresente na vida das pessoas. Apesar dos benefícios proporcionados pela Internet, a ausência de legislação específica para o ambiente virtual representa um desafio para a proteção jurídica das relações que dele derivam.

Dada a recente adoção da era digital e a falta de legislação específica sobre o direito ao esquecimento no ambiente virtual, a Declaração Universal dos Direitos Humanos destaca o direito à liberdade de opinião e expressão. Essa declaração reconhece o direito de cada indivíduo à liberdade de pensamento, opinião e expressão, incluindo o direito de não ser perturbado por suas opiniões e o direito de buscar, receber e disseminar informações e ideias sem fronteiras por qualquer meio de expressão.

O instituto da desindexação pode ser conceituado como o direito de desvincular um determinado fato ou informação de um indivíduo nas ferramentas de pesquisa na internet quando se torna irrelevante, inadequado ou excessivo. O Marco Civil da Internet (MCI), estabelecido pela Lei nº 12.965 de 2014 no Brasil, tem como principal objetivo zelar pelas relações jurídicas na esfera civil, sendo a primeira regulamentação específica no país sobre comunicação em rede.

A referida legislação representou um avanço significativo para o Brasil, que estava defasado em relação a outros países na abordagem desse tema. No entanto, o Marco Civil da Internet não se aprofundou na proteção da privacidade por meio da normatização do uso de bancos de dados. Para a tutela da esfera penal relacionada a delitos informáticos, foi instituída a Lei nº 12.737/012 (Lei Carolina Dieckmann). Essa lei tipifica criminalmente os delitos cibernéticos, complementando as disposições civis do Marco Civil da Internet (Marcacini, 2016).:

> A princípio, o Marco Civil não parece ser voltado para proteger o indivíduo das múltiplas formas de violação da privacidade decorrentes de formação de bases de dados que não estão disponíveis online, ou não tenham outra relação direta com a Internet. [...] Em favor do Marco Civil, pode-se argumentar corretamente que a defesa da privacidade dificilmente será objeto de uma lei única. Afinal, trata-se de um bem jurídico que guarda relações diretas ou reflexas com múltiplos aspectos da vida e com todos os ramos do Direito. E pode-se dizer que o Marco Civil foi bastante feliz em várias de suas disposições acerca do tema, que se mostram oportunas para a preservação da privacidade, ao menos, como já dito, diante dos fatos relacionados à Internet (2016, p. 54).

O Marco Civil da Internet, instituído pela Lei nº 12.965 de 2014, não delimitou prerrogativas específicas no que tange ao uso e compartilhamento indevido de dados pessoais coletados, nem sua utilização para fins diversos dos inicialmente propostos. As disposições sobre a utilização de bancos de dados pessoais foram estabelecidas apenas em 2018, com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A LGPD, embora mencione indiretamente o direito de ser esquecido (art. 7º, X da CF), não trata explicitamente do direito de processamento para excluir dados pessoais dos

usuários de aplicativos da internet, nem do direito de excluir resultados de pesquisa em grandes redes. Atualmente, os mecanismos de busca, como Google, Yahoo e Bing, baseiam-se em algoritmos para fornecer resultados rápidos e úteis, levando em consideração vários fatores, incluindo palavras da consulta, relevância e usabilidade das páginas.

O direito à desindexação, ou seja, a retirada dos resultados dos buscadores para determinadas palavras, não implica na exclusão da informação da rede, mas redireciona sua acessibilidade através de buscas mais específicas ou pelo próprio link. O Superior Tribunal de Justiça julgou a possibilidade de obrigar provedores a desassociar termos de busca, especialmente em casos justificáveis para proteger a intimidade e personalidade humana, contribuindo para o entendimento desse direito. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também desempenha um papel significativo nesse cenário.

A LGPD, promulgada em 14 de agosto de 2018, tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Embora sua interpretação literal restrinja sua aplicação a pessoas naturais, há discussões sobre a possibilidade de estender essa proteção a pessoas jurídicas, fundamentadas no artigo 52 do Código Civil, que prevê a aplicação, no que couber, da proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. A violação ao direito da personalidade, resultante do tratamento irregular dos dados, pode acarretar em dano moral, do qual também podem ser vítimas pessoas jurídicas, conforme a Súmula 227 do STJ.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), consignada no artigo 2º, fundamenta a proteção dos dados pessoais com base no respeito à privacidade, liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, desenvolvimento econômico e tecnológico, inovação, livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, direitos humanos, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais, além do princípio da autodeterminação informativa.

A autodeterminação informativa, tida como inovação pela LGPD, garante à pessoa natural o direito de controlar as informações referentes a si mesma, transcendendo a mera não interferência na esfera individual e proporcionando uma tutela positiva e proativa.

A distinção entre dados e informações é enfatizada, considerando que dados representam fatos brutos que, quando processados e organizados, transformam-se em informações, entidades intangíveis passíveis de extração.

A LGPD estabelece uma abordagem diferenciada para o Poder Público, abrangendo órgãos públicos da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, autarquias, fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos.

O artigo 18 da LGPD confere ao titular dos dados o direito de obter do controlador, a qualquer momento e mediante requisição, informações sobre os dados pessoais por ele tratados, estabelecendo premissas legais para solicitar a eliminação, desvinculação ou desindexação desses dados.

A eliminação refere-se à exclusão efetiva de dados pessoais, submetendo-se aos preceitos da LGPD. Todavia, tal direito não é absoluto e deve ser discernido do direito ao esquecimento, frequentemente confundido com a eliminação.

A desvinculação, segundo a perspectiva de Marcelo de Mello Chiavassa, consiste na exclusão de termos "sugeridos" pelos mecanismos de pesquisa quando são realizadas buscas. Esses termos, frequentemente adjetivos irreais ou prejudiciais à imagem, são objeto de desvinculação em decorrência do direito à identidade pessoal. Exemplos no contexto brasileiro envolvem casos como o da cantora Preta Gil e o Templo de Salomão da Igreja Renascer.

A desindexação, conforme anteriormente delineado, refere-se à exclusão do nome do usuário de um determinado link ou URL, não implicando na eliminação efetiva dos dados, mas na sua retirada dos mecanismos de busca. Esse direito, analisado neste contexto, apresenta-se como um meio eficaz para conter a disseminação de notícias falsas ou conteúdos prejudiciais que deveriam ser relegados ao passado. Contudo, sua aplicação demanda uma abordagem cautelosa em casos concretos, visando preservar os direitos à liberdade de expressão e de imprensa, evitando censuras indevidas.

Destaca-se a Lei da Imprensa nº 5250/67, originada durante o período da ditadura militar e ainda em vigor, com ajustes à luz da Constituição de 1988. Essa legislação visa monitorar e punir abusos cometidos por profissionais da imprensa, como jornalistas, que desviam de seus objetivos profissionais por diversas razões. No entanto, há debates sobre a obsolescência dessa lei, suscitando um conflito entre democracia e abuso de liberdade, considerando os direitos à liberdade de pensamento e à privacidade.

O entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o direito à desindexação é elucidado no Recurso Especial nº 1.771.911 – SP da Terceira Turma. A Ministra Relatora Nancy Andrighi conduziu o julgamento, envolvendo Ney de Souza Pereira, conhecido como "Ney Matogrosso", e o Facebook. O recorrente pleiteia a remoção de material publicado por Kim Kataguiri, líder do Movimento Brasil Livre (MBL), alegando conteúdo difamatório relacionado ao impeachment da então Presidente Dilma Rousseff. O pedido inclui o bloqueio das páginas de Kim no Facebook e Youtube, exclusão de qualquer conteúdo relacionado a ele e a disponibilização de dados cadastrais, registros de acesso e endereço de IP de Kim.

Por unanimidade, os ministros desobrigarm os provedores de pesquisa virtual a retirar os resultados de busca por determinado termo ou expressão ou os resultados que apontem para conteúdo específico. Relatora do recurso, a ministra Nancy Andrighi afirmou que, embora seja reprovável a divulgação de imagem que vincule uma pessoa a posições políticas das quais discorda, a hipótese em julgamento não revelou excepcionalidade que justifique não aplicar a tese "há muito consagrada" no STJ.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) manteve a parte da sentença que ordenou ao Facebook a exclusão da imagem, e reformou a decisão para determinar ao Google que removesse os resultados de pesquisa, como requerido por Ney Matogrosso (stj.jus.br).

> EMENTA CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERNET. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXCLUSÃO DE RESULTADOS DE PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE BUSCA. IMPOSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL. NECESSIDADE. 1. Ação ajuizada em 18/12/2015, recurso especial interposto em 13/10/2017 e atribuído ao gabinete em 25/10/2018. 2. O propósito recursal consiste em determinar se o provedor de pesquisa pode ser obrigado a desindexar dos resultados de buscas conteúdos alegadamente ofensivos à imagem e à honra de terceiro. 3. O provedor de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário (REsp 1.316.921/RJ). 4. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido (Rcl 5.072/AC). 5. O precedente resultante do REsp 1.660.168/RJ não se aplica à espécie, pois fundamentou-se, sobretudo, no denominado direito ao esquecimento. Ocorre que, além desse direito não ter sido suscitado pelo recorrido para fundamentar sua pretensão, recentemente, o Supremo Tribunal Federal apreciou o Tema 786 e concluiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. Ademais, a situação controvertida no recurso em julgamento não revela excepcionalidade a justificar a não aplicação da tese há muito consagrada na jurisprudência deste Tribunal. 6. Falta ao acórdão recorrido elemento essencial de validade, que é a identificação inequívoca, por meio dos localizadores únicos da internet (URLs), de quais informações devam ser censuradas dos resultados de busca. 7. Recurso especial provido.

## 3.2 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE IMPRENSA E EXPRESSÃO

A liberdade é um conceito essencial consagrado na Constituição, considerado fundamental para a vida humana. Contudo, sua definição pode ser objeto de discussões, mesmo estando incorporada na Carta Magna como um dos direitos fundamentais. É importante ressaltar que a liberdade faz parte da primeira geração de direitos humanos e passou por evoluções ao longo dos séculos, conforme apontado por Tercio Sampaio Ferraz Junior:

> Como valor, a liberdade integra a personalidade enquanto seu contorno essencial, de início no sentido positivo de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa, da capacidade de inovar, e, em seguida, num sentido negativo de não ser impedido. No sentido positivo, a liberdade tem relação com a participação do homem na construção política, social, econômica e cultural da sociedade. No sentido negativo, refere-se à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros. Ao Estado atribui-se a função de protegê-la e jamais cerceá-la. Os limites da liberdade estabelecidos por lei são, nestes termos, pretensões e não impedimentos. Cabe à lei, assim, apenas equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência (FERRAZ JÚNIOR, 2000).

Nos ensinamentos do mestre João dos Passos Martins Neto, em seu livro “Fundamentos da Liberdade de Expressão”, destaca-se que a liberdade de expressão não é apenas um elemento circunstancial da democracia, mas sua própria essência. Associada a essa liberdade encontra-se a liberdade de informação jornalística, que abarca a liberdade de imprensa, o direito de buscar informação, ser informado, criticar e investigar.

Alguns doutrinadores abordam a liberdade não apenas como uma necessidade, mas como um determinismo absoluto. Hannah Arendt, em “A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar”, argumenta que os homens consideravam-se livres por ter consciência, mas não compreendiam as causas que determinavam suas ações.

Jean-Jacques Rousseau, em “O contrato social”, proclama que o homem nasceu livre, mas encontra-se em correntes por toda parte. A questão de como essa modificação ocorre e o que a torna legítima permanece um mistério.

A liberdade pode ser categorizada como positiva ou negativa. Na liberdade negativa, as ações são deliberadas sem julgamento alheio, enquanto na liberdade pública ocorre a omissão do Estado para evitar transtornos aos indivíduos. Na liberdade positiva, implica, em termos jurídico-subjetivos, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 407-408).

A palavra “imprensa”, conforme Houaiss, refere-se à “arte de tipografia”, remetendo à época em que a impressão era crucial, como descoberto por Gutenberg em 1436. Bodo Pieroth e Bernahard Schlink proporcionam um conceito interessante sobre o tópico analisado:

> O conceito de imprensa abarca tradicionalmente todos os produtos impressos aptos e destinados à divulgação. Da imprensa fazem parte não só obras impressas de publicação periódica, mas também aquelas obras que são de impressão única, publicações não só de acesso geral, mas também publicações internas a grupos. Além disso, as leis de imprensa dos Estados federados qualificam entretanto como obras impressas também os suportes áudio e vídeo. Desta forma, estas leis tomem em linha de conta a transformação técnica e social, que também é importante para o âmbito de proteção da liberdade de imprensa.

Os veículos de comunicação desempenham uma função essencial na sociedade, servindo ao público e, no contexto do jornalismo investigativo, revelando violações e esclarecendo fatos de relevância pública. A liberdade de imprensa é crucial para a transparência e a vigilância sobre as ações das autoridades. Atualmente, é imperativo proteger a mídia contra a censura, um princípio que nem sempre foi observado ao longo da história brasileira.

Boaventura Santos destacou a importância da liberdade de imprensa no contexto político brasileiro, salientando seu papel fundamental na democracia. Ele argumenta que a existência de uma imprensa livre é indispensável para uma sociedade democrática,

capaz de informar a população, denunciar abusos e irregularidades, e proporcionar uma multiplicidade de perspectivas para que as pessoas possam formar suas próprias opiniões.

O Ministro Ayres Britto, em seu voto na ADPF 130, articulou uma visão coerente sobre a relação intrínseca entre democracia e a atuação da imprensa. Ele sublinhou a interdependência desses elementos, destacando que a liberdade de expressão, especialmente por meio da imprensa, é vital para o funcionamento saudável de uma sociedade democrática. Veja-se:

> A Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retro alimentação. Falo da democracia como categoria jurídico-positiva (não simplesmente filosófico-política), que em toda Constituição promulgada por uma Assembleia Constituinte livremente eleita consubstancia o movimento, o fluxo ascendente do poder de governar a pólis; quer dizer, o poder de governar toda a coletividade como aquele que vem de baixo para cima, e não de cima para baixo da escala social. A implicar, por evidente, prestígio das bases governadas e limitaçãodas cúpulas governantes. Um tirar o povo da plateia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito.

A liberdade de imprensa, como princípio fundamental, demanda uma análise precisa de seus limites internos e externos para evitar excessos. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda da Constituição consagrou essa liberdade como parte essencial da Bill of Rights, evoluindo ao longo do tempo para proteger os profissionais da mídia contra a censura.

No contexto brasileiro, a Lei nº 5.250/67 define a liberdade de imprensa como o direito de publicar e distribuir jornais ou meios de comunicação similares no território nacional. Anteriormente, a Lei de Imprensa nº 2.083/53 foi revogada, pois restringia o conceito de imprensa a jornais e periódicos.

A legislação atual, de 1967, ampliou o escopo ao incluir serviços de radiodifusão e agências de notícias. A Constituição de 1988 consagra a liberdade de imprensa de forma abrangente, ressalvando, no entanto, que essa liberdade não pode violar outros direitos individuais, como a inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem.

Sob a perspectiva da responsabilidade civil, destaca-se que este instituto busca assegurar a reparação dos danos sofridos por um indivíduo, impondo consequências àquele que, por ação ou omissão, causou o dano. A liberdade de imprensa, assim, deve harmonizar-se com a responsabilidade civil, mantendo um equilíbrio entre a expressão livre e o respeito aos direitos individuais.

A evolução da responsabilidade civil pode ser acompanhada desde a prática da vingança privada na Idade Antiga até a consolidação de princípios fundamentais no direito moderno. Na antiguidade, a vingança privada era prevalente, sendo posteriormente regulamentada por códigos como o de Ur-Nammu, o de Manu e a Lei das XII Tábuas. Essa regulamentação marcou o declínio da justiça pelas próprias mãos, dando lugar ao Estado como detentor do poder de punir e introduzindo a compensação econômica tarifada.

Em Roma, a Lei Aquilia foi um marco na regulamentação da responsabilidade civil, estabelecendo requisitos para a configuração do dano, influenciando diretamente a estrutura atual da responsabilidade civil. No entanto, foi apenas no direito moderno que a responsabilidade civil se consolidou. Em Roma, a reparação do dano estava condicionada a casos específicos de violação, e os conceitos de responsabilidade civil e penal eram indistintos.

Durante o período jusracionalista do direito moderno, o conceito de culpa como condição para a criação do dever de reparação se solidificou, especialmente no direito francês influenciado pelos ideais iluministas. A responsabilidade civil, nesse estágio, não apenas buscava a reparação patrimonial, mas também desempenhava uma função moralizadora das condutas individuais.

A responsabilidade civil se fundamenta na necessidade de restaurar o statu quo ante, restabelecendo a estabilidade jurídica após a violação de normas preexistentes. A reparação de danos beneficia não apenas a vítima direta, mas toda a sociedade, atendendo às expectativas de justiça. Nesse contexto, a responsabilidade civil desempenha um papel crucial na manutenção da ordem jurídica e na promoção da equidade social.:

> Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Diante do conceito apresentado, nota-se, primeiramente, que a responsabilidade civil se difere da criminal, na medida em que a conduta gera indenização. Dessa forma, o dano que imputa responsabilidade civil causa tão somente prejuízo a particular que pode ser recompensado diretamente com a restituição do estado anterior à lesão ou através de compensação pecuniária. A responsabilidade criminal, por sua vez, advém de uma violação a norma penal, que perturba a ordem social, e não viabiliza ressarcimento ao lesado.

A previsão legal da responsabilidade civil no Código Civil está no art. 186 que prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e no art. 187 que em complemento define que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A responsabilidade civil não tem como finalidade apenas a reparação do dano do autor em face do lesado. Do mesmo modo que a própria lei, possui sentido tríplice: reparar, punir e educar. Diante do exposto, verifica-se que esse instituto privado também possui funções sociais e coletivas, dominadas pela doutrina de tripla função da responsabilidade civil, sendo estas:

> A primeira função é a reparatória, com a clássica visão de transferência dos danos do patrimônio de uma parte para outra. A segunda função é a punitiva – e não tão somente sancionatória –, uma vez que a responsabilidade civil funciona como uma pena civil ao ofensor, como desestímulo de comportamentos não admitidos pelo Direito. Por fim, tem-se a função precaucional, com o objetivo de evitar ou inibir novas práticas danosas (TARTUCE, 2018, p. 52).

A consolidação da responsabilidade civil, como mencionado, encontra sua base histórica na Lei Aquilia, que estabeleceu a atribuição de responsabilidade por danos decorrentes de condutas culposas ou intencionais. A influência do direito romano, especialmente a Lei Aquilia, permeou o direito ocidental, moldando os fundamentos da responsabilidade civil.

No contexto do sistema jurídico brasileiro, essa influência se reflete na centralidade da culpa como elemento essencial da responsabilidade civil. A noção de culpa, seja por ação, omissão, negligência ou imprudência, está intrinsicamente ligada à configuração do ato ilícito, conforme disposto nos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Assim, a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é fundamentada na ideia de culpabilidade, sendo um reflexo das origens históricas e influências do direito romano. Essa abordagem visa estabelecer um equilíbrio entre a reparação dos danos causados e a necessidade de prevenir condutas prejudiciais na sociedade.

# DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM CASOS CONCRETOS

## 4.1 O CASO "AÍDA CURI"

O caso em questão, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro, envolve a tragédia da jovem Aída Curi, ocorrida em 1958 no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. Seus irmãos buscaram reparação e aplicabilidade do direito ao esquecimento contra a TV Globo Ltda., alegando violação de direitos morais, materiais e à imagem.

Aída Curi foi vítima de homicídio após um terrível episódio de violência. Seus irmãos, inconformados com a exibição do caso no programa "Linha Direta Justiça" da Rede Globo, ajuizaram ação, alegando que a retransmissão do crime após mais de 50 anos revivia traumas e violava direitos personalíssimos.

No julgamento, a TV Globo defendeu a abordagem do caso, alegando interesse público nos temas de violência contra mulheres, impunidade e responsabilidade penal de menores. Argumentou que a história da vítima contribuía para análises desses temas e prevenção de sua repetição. Além disso, contestou a aplicação do direito ao esquecimento, argumentando que este conflitava com a liberdade de informação garantida pela Constituição Federal.

Os autores do recurso sustentaram que o simples fato de algo ser público não extingue os direitos personalíssimos. Alegaram a inexistência de interesse público na retransmissão comercial do patrimônio personalíssimo. A TV Globo, por sua vez, apoiou-se em súmulas e dispositivos constitucionais, argumentando que o direito ao esquecimento violaria a dignidade humana e conflitaria com a liberdade de informação.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do relator Ministro Dias Toffoli, analisou esses argumentos no contexto do direito ao esquecimento, liberdade de informação e demais princípios constitucionais, buscando equilibrar direitos fundamentais em um caso complexo e sensível.

Sob essa óptica, o assunto foi registrado como Tema nº 786 da Gestão da Repercussão Geral no site do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: "aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares."

Na decisão adotada no caso concreto, por maioria de votos decidiu-se que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. O julgamento traz inúmeros princípios importantes e direitos essenciais ao ser humano e à coletividade, Em resumo a decisão proferida foi:

> É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Conforme a Repercussão Geral do Recurso e em uma audiência pública acerca do direito ao esquecimento na esfera civil, três correntes foram adotadas para tratar do tema. A primeira corrente, denominada “pró-informação”, é defendida por entidades vinculadas à comunicação, sustentando a inexistência do direito ao esquecimento. Essa perspectiva fundamenta-se na ideia de que tal direito seria contraproducente à memória coletiva e à preservação histórica da sociedade.

A segunda corrente, favorável ao direito ao esquecimento, é apresentada conforme a visão de José Eduardo Marcondes Machado. Essa abordagem enfatiza a importância de respeitar a privacidade individual, buscando um equilíbrio com o direito à informação. Contudo, detalhes específicos sobre os argumentos de Machado não foram fornecidos, limitando a análise mais aprofundada dessa corrente. Veja-se excerto de seu pensamento:

> A existência do direito ao esquecimento e dizem que ele deve preponderar, funcionando sempre como forma de expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade, direitos que prevaleceriam sobre a liberdade de informação envolvendo fatos pretéritos, evitando-se, com isso, a aplicação de penas entendidas como perpétuas, como a rotulação do indivíduo pela mídia e pela Internet.

E, por fim, a terceira corrente, também adotada pelo jurista José Eduardo Marcondes Machado, apresenta uma abordagem intermediária. Nessa perspectiva, destaca-se a não hierarquização entre direitos fundamentais. Esse posicionamento sugere a necessidade de encontrar um equilíbrio entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, reconhecendo a importância e a validade de ambos, sem favorecer um em detrimento do outro.

Essa abordagem intermediária propõe uma análise mais contextualizada e ponderada, levando em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. A busca por um equilíbrio entre direitos fundamentais é um desafio complexo, exigindo uma análise cuidadosa dos interesses em jogo e a aplicação dos princípios jurídicos pertinentes. Analise-se:

> Diante disso, a técnica de ponderação de informações seria o método mais eficiente para obtenção do menor sacrifício possível frente a cada um dos interesses em colisão. Defensores desta última vertente, como o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), propuseram que, diante da hipótese de veiculação de programas de TV com relato ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, deveriam ser adotados parâmetros como

> o da fama prévia para distinção entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública e aquelas que somente têm projeções públicas na qualidade de vítimas do delito praticado.

Ao analisar o caso, o julgador apresenta fundamentações relevantes. Conclui-se, primeiramente, que há uma lacuna na jurisprudência que necessita ser preenchida. Em segundo lugar, destaca-se que o direito ao esquecimento não é absoluto, envolvendo questões complexas, e sua aplicação deve ocorrer de forma casuística, considerando o confronto entre a liberdade de expressão, o direito de imprensa, o direito à informação e a proteção à vida privada, à intimidade, à dignidade da pessoa humana e à honra.

Esses últimos valores são essenciais para a sociedade, marcados por lutas e conquistas ao longo de muitos séculos. Restringir esses valores fundamentais em nosso sistema jurídico, impedindo a divulgação de informações e a análise de determinados temas, pode resultar em um retrocesso, gerando um impacto negativo na sociedade. Barroso (2001, p. 5) oferece uma breve reflexão sobre o assunto.:

> A colisão de direitos fundamentais é um fenômeno contemporâneo e, salvo indicação expressa da própria Constituição, não é possível arbitrar esse conflito de forma abstrata, permanente e inteiramente dissociada das características do caso concreto. O legislador não está impedido de tentar proceder a esse arbitramento, mas suas decisões estarão sujeitas a um duplo controle de constitucionalidade: o que se processa em tese, tendo em conta apenas os enunciados normativos envolvidos, e, em seguida, a um outro, desenvolvido diante do caso concreto e do resultado que a incidência da norma produz na hipótese. De toda sorte, a ponderação será a técnica empregada pelo aplicador tanto na ausência de parâmetros legislativos de solução como diante deles, para a verificação de sua adequação ao caso.

## 4.2 O CASO “CHACINA DA CANDELÁRIA”

No julgamento do Recurso Especial Nº 1.334.097, a maioria dos Ministros da quarta turma do Supremo Tribunal de Justiça, em consonância com o Ministro relator Luis Felipe Salomão, discutiu o caso da “Chacina da Candelária”, ocorrida na Igreja da Candelária, no Centro do Rio de Janeiro, em 23 de julho de 1993. No referido episódio, mais de 40 crianças e adolescentes que dormiam nos arredores da igreja foram vítimas de um ataque a tiros, resultando na morte de oito crianças e vários feridos.

Alguns suspeitos, identificados como policiais militares, foram apontados como responsáveis pelo massacre. No entanto, durante o processo, três deles foram inocentados, e um dos suspeitos foi morto, sem motivo claro, mas possivelmente relacionado ao caso. Os condenados receberam penas que variaram de 20 a 300 anos, mas todos foram libertados antes de cumprir a pena mínima.

O serralheiro Jurandir Gomes de França, acusado de participação no crime, moveu uma ação de reparação de danos morais contra a TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S.A.). Ele alega que, após ser absolvido por negativa de autoria em um

julgamento pelo júri, buscou o direito ao esquecimento. Isso porque, em junho de 2006, o programa nacional "Linha Direta: Justiça" veiculou uma matéria sobre o episódio, associando seu nome ao crime.

O autor da ação argumentou que a situação estava superada por ele e sua família, mas a veiculação nacional da matéria reacendeu o ódio social e o terror vivido durante o processo, resultando em um linchamento na comunidade onde reside. Ele alega que sua vida profissional foi prejudicada, temendo pela segurança dele e de sua família.

Em contrarrazões, a Globo Comunicações e Participações S.A. sustentou que o programa "Linha Direta: Justiça" não viola nenhum direito, pois apenas transmite matérias jornalísticas sobre crimes conhecidos, sem emitir juízo de valor, apenas expondo os casos. Além disso, destaca que o programa foi apresentado como um documentário, não invadindo a privacidade ou intimidade do autor, uma vez que os fatos eram públicos, enfatizando a inocência de Jurandir Gomes de França.

A TV Globo sustentou ainda que mencionara o recorrido por ele ser um suspeito essencial na investigação, e sua omissão "seria o mesmo que deixar o programa jornalístico sem qualquer lógica, pois um dos mais relevantes aspectos que envolveram o crime fora justamente a conturbada e incompetente investigação promovida pela polícia" (fl. 343). A emissora também apresentara um recurso extraordinário contra Jurandir, mas o processo fora suspenso, aguardando a decisão do STF em um julgamento relacionado ao direito ao esquecimento.

Na decisão concreta, o Ministro relator Luis Felipe Salomão fundamentara sua posição construindo a mesma tese utilizada no caso "Aída Curi"; no entanto, chegara a uma solução diversa. Ele sustentara que "permitir a nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciara uma reconhecida vergonha nacional à parte".

O relator declarara ainda que o acórdão não contradissera o tema 786 do STF, pois a segunda parte da tese, que tratara dos limites para não exceder os direitos fundamentais do ser humano, se encaixara em seu voto, declarando:

> Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Também mencionou o desenvolvimento e aprovação do tema, discutido na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, o Enunciado n. 531, com o seguinte teor:

> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua

> origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Apresentou que a liberdade de imprensa não deve ser tida como um direito absoluto, elencando alguns direitos da Constituição como: direitos da personalidade art. 5º, X, liberdade de expressão art. 1º, III da CF. Na esfera civil, citou a prescrição, já no direito penal sobre a reabilitação do condenado, com exclusão dos registros de condenação no Instituto de Identificação e sigilo das folhas de antecedentes, encontrando-se tanto no Código Penal quanto no artigo 202 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84):

> Art. 202, Código Penal: "Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Ao desfecho de todas as considerações, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu a decisão condenatória da ré ao pagamento de indenização fixada em R$ 50.000,00. A responsabilidade civil, como corolário direto do Direito, constitui o instituto encarregado de assegurar ao indivíduo lesado a reparação pelos danos sofridos, além de atribuir consequências ao sujeito que, por ação ou omissão, causou o prejuízo.

Ao analisar toda a controvérsia, o julgador apresentou considerações pertinentes e bem fundamentadas sobre o caso. Apesar de o tema versar sobre o direito ao esquecimento e, para julgar esse caso, ter aguardado o desdobramento do caso "Aída Curi", e em alguns pontos abordar sustentações semelhantes, os veredictos foram discrepantes. A decisão da Corte Superior foi pioneira para essa matéria. O voto coerente do Ministro Luís Felipe Salomão fortalece a tese de que o direito ao esquecimento deve ser examinado caso a caso, visando evitar violações e conflitos entre determinados direitos, como Informação e Intimidade.

Ainda, a quarta turma constatou que não há motivos para pronunciar uma retratação, visto que, já houve constatação da situação abusiva, referindo-se ao STF:

> Situação para a qual aquele tribunal determinou: em sendo constatado o excesso na divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais, proceda o julgador competente ao estancamento da violação, a partir das legítimas formas previstas pelo ordenamento.

Resta, portanto, cristalina o não acolhimento do direito ao esquecimento pelo ordenamento jurídico pátrio.

# CONCLUSÃO

O propósito deste trabalho foi analisar a incidência do instituto do direito ao esquecimento. Para alguns autores, esse direito visa principalmente impedir que dados ou informações de natureza privada da pessoa humana, especialmente episódios difíceis de superar, permaneçam permanentemente expostos a todos na internet, causando situações vexatórias que impedem o indivíduo de levar uma vida normal.

A problemática central do tema está relacionada à limitação no ordenamento jurídico sobre esse direito, pois de um lado há os direitos fundamentais que podem ser invadidos, como privacidade, intimidade, personalidade, entre outros, e, no sentido oposto, temos o direito à liberdade de expressão, à informação e à imprensa em veicular informações de relevância histórica para a sociedade. A questão levantada é até que ponto um determinado direito não ultrapassa o campo alheio.

Para abordar esse tema, foi examinado, inicialmente, o aspecto neurológico da mente humana e como ela influencia nossas ações. A função cerebral, como parte do Sistema Nervoso Central (CNS), regula a maioria das funções corporais e mentais, incluindo as funções cognitivas que nos permitem receber, selecionar, armazenar, transformar, desenvolver e recuperar informações dos estímulos externos.

Após essa análise, foram considerados os aspectos históricos da proteção de dados pessoais na internet, desde a criação e evolução da Internet até as leis regulamentadoras, como o Marco Civil da Internet (MCI) estabelecido pela Lei nº 12.965/14, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/18, até o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal no Tema nº 786 da Gestão da Repercussão Geral.

Em relação a esse entendimento, adotou-se a tese de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal e deve ser analisado em cada caso concreto. Esse direito é considerado personalíssimo, como desdobramento da privacidade, e possui três correntes doutrinárias: pró-informação, pró-esquecimento e intermediária, devendo, portanto, ser um ponto de interligação entre a memória e o direito.

Com base na análise doutrinária e no estudo dos demais materiais bibliográficos utilizados, é fundamental destacar que a diferenciação entre o direito ao esquecimento, desvinculação, eliminação e desindexação não são sinônimos e devem ser abordados de maneira distinta. Essa distinção é essencial, uma vez que envolve pontos de grande importância para a responsabilidade civil dos direitos tutelados.

A discussão central que gerou repercussão geral foi o caso de “Aída Curi”, vítima de uma morte violenta que chocou o país pela sua brutalidade. Passados 50 anos de seu falecimento, o caso ganhou notoriedade ao ser relembrado por uma emissora e transmitido nacionalmente, levando a família a ajuizar uma ação requerendo seu esquecimento. A partir desse episódio, houve desdobramentos no tema explorado neste trabalho.

Em última análise, conclui-se que, no âmbito jurídico, esse direito está relacionado principalmente à esfera criminal. No entanto, é imperativo estudar outros cenários, uma vez que, dependendo do caso concreto, busca-se tutelar a dignidade humana para evitar que acontecimentos passados sejam explorados de forma indeterminada ao longo do tempo.

Apesar da tese firmada pelo STF, ainda persiste uma certa insegurança jurídica no que diz respeito aos aspectos personalíssimos de nossa vida. Durante muitos séculos, lutamos e conquistamos a garantia de direitos fundamentais que permanecem inerentes à essência humana. Diante de algumas lacunas abertas, é necessária cautela para evitar retrocessos futuros.

# REFERÊNCIAS FINAIS


ARAKAKI, Fernanda. Franklin. S .; VIERO, Guérula. M. Direitos humanos*:* Grupo A, 2018. 9788595025370. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595025370/.> Acesso em: 5 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >Acesso em 2 nov. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.771.911 - SP (2018/0261186-7). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ney de Souza Pereira. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802611867&dt_publicacao=26/04/2021>. Acesso em: 15 nov. de 2021

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.010.606 Rio de Janeiro. Relator : min. Dias toffoli. Recte.(s) : nelson curi e outro(a/s). Recdo.( a / s ) : globo comunicacao e participacoes s/a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773.> Acesso em: 12 nov. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ (2012/0144910-7). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Globo Comunicações e Participações s/a. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 10 nov. de 2021.

BONAVIDES. Paulo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 26a- edição. Malheiros Editores LTDA.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29.

CASTILHO, Ricardo. Coleção Sinopses Jurídicas 30 - Direitos humanos*:* Editora Saraiva, 2018. 9788553600083. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600083/.> Acesso em: 5 nov. 2021.

DORETO, Daniella. T.; MELLO, Flaviana.Aparecida. D.; LIMA, Andreia.da. S.; AL., Et. Direitos Humanos e Legislação Social**:** Grupo A, 2021. 9786556901305. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556901305/.> Acesso em: 5 nov. 2021.

Gadelho Junior, Marcos Duque. Liberdade de Imprensa e a Mediação Estatal. Grupo GEN, 2015. 9788597000160. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000160/.> Acesso em: 7 nov. 2021.

História - Direitos humanos, 60 anos depois. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1222:reportagens-materias&Itemid=39> Acesso em: 11 nov. de 2021.

LUZ, Pedro Henrique Machado Direito ao esquecimento no Brasil Curitiba; GEDAI/UFPR, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/users/Downloads/Direito%20ao%20esquecimento%20no%20Brasil%20by%20Pedro%20Henrique%20Machado%20da%20Luz%20(z-lib.org).pdf.> Acesso em: 11 nov. de 2021.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Grupo GEN, 2021. 9788597026825. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/.> Acesso em: 04 nov. 2021.

MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional: Grupo GEN, 2021. 9788530993993. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993993/.> Acesso em: 8 nov. 2021.

MORAES, Alexandre de,. Direito Constitucional : Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/.> Acesso em: 9 nov. 2021.

MIGALHAS. Direito ao esquecimento: fim da linha?. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/346527/direito-ao-esquecimento-fim-da-linha Acesso em: 16 nov. de 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Editora Saraiva, 2018. 9788553610198. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610198/.> Acesso em: 7 nov. 2021.

PEDRO, LENZA,. Esquematizado - direito constitucional. Editora Saraiva, 2021. 9786555594928. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594928/.> Acesso em: 8 nov. 2021.

PINHO, Rodrigo. Cesar. R. Sinopses Jurídicas v 17 - direito constitucional - teoria geral da constituição e direitos fundamentais : Editora Saraiva, 2020. 9788553619627. Disponível em:<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619627/>. Acesso em: 9 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br. Acesso: 02 nov. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 20ª Edição. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br.Acesso: 02 nov. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 10.ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br. Acesso: 03 nov. 2021.

## VITÓRIA DAVALOS DE SOUZA

Formada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado, advogada militante pelos direitos fundamentais.

Aficionada por livros de ficção, mas produtora de conteúdo não ficcional.

Fadada a amar o Direito e escrever sobre cada uma das suas nuances, em especial, sobre direito à saúde e direito à privacidade.

Num mundo em que, em teoria, há tudo disponível a todos, é esdrúxulo termos que lutar pelos direitos mais básicos das pessoas. E essa luta começa na academia.

E é por isso que a decisão de se dedicar à produção de uma ciência séria pautada em dados e não em achismos foi elementar.

# DO DIREITO À MEMÓRIA AO
# DIREITO AO ESQUECIMENTO

PERSPECTIVAS JURÍDICAS


www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br


Ano 2023

DO DIREITO À MEMÓRIA AO

# DIREITO AO ESQUECIMENTO

PERSPECTIVAS JURÍDICAS


www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

@atenaeditora

www.facebook.com/atenaeditora.com.br


Ano 2023